



## DELIBERA N. 437

20 settembre 2022.

### Oggetto

Istanza presentata dalla RAGGIO di SOLE Società Cooperativa ONLUS - Gara Europea a procedura telematica aperta per l'appalto di gestione dei servizi educativi - Lotto 1 CIG 9120565057. Importo a base di gara euro: 1.533.414,20 - per il Lotto 1 € 354.024,00. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: Centrale Acquisti del Comune di Verbania.

**PREC 117/2022/S**

### Riferimenti normativi

Articolo 83, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 93 d.lgs. n. 50/2016

### Parole chiave

appalto pubblico – servizi – scelta del contraente – Garanzia provvisoria – Importo - Soccorso istruttorio

### Massima

appalto pubblico – servizi – scelta del contraente – Garanzia provvisoria – Importo - Soccorso istruttorio.

La polizza fideiussoria stipulata anteriormente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, e prodotta unitamente alla documentazione amministrativa, recante un importo insufficiente può essere sanata tramite il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante, la quale deve consentire all'operatore economico di integrarne l'ammontare.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 20 settembre 2022

## DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 60034 del 21 luglio 2022, con cui la RAGGIO di SOLE Società Cooperativa ONLUS ha chiesto alla scrivente Autorità di voler esprimere un parere di precontenzioso



relativamente ad alcuni profili inerenti mancata esclusione della prima classificata – Azimut Società Cooperativa Sociale – alla “Gara Europea a procedura telematica aperta per l'appalto di gestione dei servizi educativi - Lotto 1 CIG 9120565057. Importo a base di gara euro: 1.533.414,20 - per il Lotto 1 € 354.024,00” disposta dalla Centrale Acquisti del Comune di Verbania;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 63123 del 1.8.2022;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla mancata esclusione della prima classificata alla procedura in oggetto per una serie di censure all'operato della stazione appaltante di seguito sinteticamente riportate:

- 1) Illegittima attivazione del soccorso istruttorio con riferimento alla polizza fideiussoria;
- 2) Polizza fideiussoria di durata inferiore a quella minima richiesta;
- 3) Assenza di autodichiarazione resa dal sottoscrittore della polizza;
- 4) Carenza dei requisiti di partecipazione inerenti il fatturato;
- 5) Carenza dei requisiti di idoneità professionale.

PRESO ATTO che con riferimento alla **prima** doglianza, relativa alla legittimità del soccorso istruttorio, è emerso che l'o.e. aggiudicatario aveva trasmesso una polizza fideiussoria di importo notevolmente inferiore a quello dovuto: dovendo essere pari ad almeno il 2% dell'importo posto a base di gara (1.533.414,20€), ciò comportava la prestazione di una garanzia di € 30.708,25, invece la polizza depositata garantiva la somma di € 614,17 (corrispondente invece al 2% di 30.708,25 che era stato non correttamente indicato nella polizza come importo posto a base di gara);

PRESO ATTO che con nota del 21.4.2022, la stazione appaltante aveva attivato il soccorso istruttorio per regolarizzare detta posizione entro e non oltre il successivo 29/4, a cui l'o.e. dava riscontro trasmettendo un documento attestante la variazione della polizza originariamente trasmessa, con importo adeguato per fornire la garanzia di cui all'art. 93 del d.lgs. 50/2016;

PRESO ATTO che l'o.e. istante contesta la legittimità del soccorso istruttorio giacché detto istituto di cui all'art. 83 del Codice dei contratti sarebbe attivabile solo laddove il documento “sanante” fosse risalente con data certa, anteriore al termine di scadenza delle offerte, pena la violazione della par condicio;

CONSIDERATO che visti i precedenti riferibili alla scrivente Autorità (Delibera 43/2022 – PREC. 1/2022/S) si ritiene che l'irregolarità della cauzione provvisoria prestata dalla aggiudicataria è sanabile tramite soccorso istruttorio. Al riguardo, si rappresenta che, all'indomani dell'introduzione del comma 2-bis dell'art. 38 del previgente Codice, nella determinazione n. 1/2015, l'Autorità ha ritenuto che la novella trovasse applicazione anche con riferimento ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria, a condizione che quest'ultima fosse stata già costituita alla data di presentazione, dovendosi considerare diversamente alterata la parità di trattamento tra i concorrenti. La posizione è stata ribadita con riferimento alla vigente normativa nel Bando tipo n. 1/2017, dove è stato affermato che, con riguardo alle condizioni di partecipazione che incidono sulla validità dell'offerta (tra cui la garanzia fideiussoria) che devono accompagnare l'offerta sin dalla sua presentazione, la mancata allegazione dei relativi documenti è sanabile solo ove l'operatore economico dimostri che, nel caso della garanzia per es., il relativo contratto abbia data certa anteriore alla scadenza dell'offerta, mentre laddove i documenti presentati siano carenti di dichiarazioni/elementi propri, il soccorso deve essere consentito al fine di integrare le dichiarazioni/elementi carenti (durata, importo e altre clausole della garanzia a corredo dell'offerta). Anche la giurisprudenza amministrativa ha chiarito come occorra distinguere la



fattispecie della mancata costituzione della garanzia da quella della sua invalidità o irregolarità, in quanto solo la prima ipotesi costituisce ex se espressione della scarsa serietà dell'offerta, mentre nella seconda ipotesi si ha una condizione di invalidità sanabile mediante il soccorso istruttorio, che è attivabile in quanto le ragioni di invalidità della cauzione provvisoria, nonché della dichiarazione di impegno al rilascio della garanzia definitiva, costituiscono altrettante ipotesi di "carenze di elementi formali della domanda" ovvero ipotesi di "mancanza, incompletezza" o di "irregolarità essenziale" della documentazione allegata alla domanda di partecipazione e, dunque, non dell'offerta economica o tecnica. Tale orientamento precisa ulteriormente che l'operatore economico è legittimato a rimanere in gara nel solo caso in cui la cauzione provvisoria presentata in sanatoria sia riferibile a data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione. Diversamente opinando, infatti, sarebbe violata la par condicio tra tutti i concorrenti, consentendo ad uno di essi la presentazione di una cauzione provvisoria formata in data successiva alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione (cfr. da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, n. 399/2020 e n. 8296/2019). La stessa giurisprudenza amministrativa ha sostenuto (cfr. Consiglio di Stato, n. 399/2020 cit.) che il principio sopra espresso, per il quale il soccorso istruttorio va a buon fine con conseguente permanenza in gara dell'operatore solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria sia di data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione, va limitato alla sola ipotesi di mancanza della cauzione provvisoria, quando questa sia richiesta dalla legge di gara come elemento essenziale della domanda a pena di esclusione. Nel caso in esame, la polizza fideiussoria in discussione è stata stipulata anteriormente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte e regolarmente prodotta unitamente alla documentazione amministrativa; la mera irregolarità della fideiussione tempestivamente costituita, determinata dall'ammontare rivelatosi insufficiente, può essere sanata tramite il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante, che dovrebbe consentire all'operatore economico di integrarne l'importo, come riconosciuto in termini ampi dalla giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, sez. III, n. 3635/2018, e più recentemente, sez. V, 4270/2020 in una ipotesi di dubbio sulla congruità dell'importo della cauzione, in relazione alla sussistenza dei presupposti per la sua dimidiazione; nello stesso senso anche Parere di precontenzioso n. 571 del 1° luglio 2020);

RITENUTO che deve riconoscersi la possibilità di esercitare il potere di soccorso istruttorio in qualunque fase della procedura (Pareri di precontenzioso n. 50 del 1° febbraio 2017; n. 946 del 13 settembre 2017; n. 571 del 1° luglio 2020). Non si ravvisano ragioni che ostino alla possibilità, *rectius* all'obbligo, per la stazione appaltante di attivare il soccorso istruttorio per sanare carenze non tempestivamente rilevate nella fase di verifica dell'ammissibilità dei concorrenti. La giurisprudenza amministrativa ha affermato che il soccorso istruttorio deve ritenersi pacificamente esperibile anche dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione, qualora la stazione appaltante non si sia avveduta della carenza documentale nella fase di controllo delle dichiarazioni ma solo a margine dell'aggiudicazione definitiva, giacché la stazione appaltante non consuma il potere di verifica del possesso dei requisiti, che può pertanto essere esercitato successivamente alla fase di controllo delle dichiarazioni e dei documenti prodotti in gara, tenuto conto che l'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 non fissa un termine ultimo per l'esercizio del soccorso istruttorio in sede di gara, quale potrebbe essere, ad esempio, l'adozione del provvedimento di aggiudicazione, poiché tale attività è correlata al momento in cui la stazione appaltante valuta la regolarità e completezza della documentazione fornita; ne segue che se tale valutazione è compiuta per l'offerente per la prima volta in fase di verifica va consentito alla stazione appaltante di richiederne la regolarizzazione (TAR Puglia, n. 948/2016; TAR Lazio, Roma, II, n. 3541/2017; Consiglio di Stato, V, n. 7302/2021);



PRESO ATTO che con riferimento alla **seconda** doglianza, la variazione della polizza fideiussoria aggiunta a seguito del soccorso istruttorio ha una durata inferiore ai 180 giorni previsti ai sensi dell'art. 93 del d.lgs. 50/2016 e della *lex specialis* di gara, risultando indicati come durata 5 mesi e 27 giorni, l'istante ne contesta la rilevanza, ribadendo la necessità dell'esclusione della ditta aggiudicataria;

RICHIAMATO quanto affermato dalla stazione appaltante nella memoria difensiva, si osserva che la durata "inferiore" della polizza presentata è invece corollario della attivazione del soccorso istruttorio nei termini anzidetti per cui detta polizza è una mera appendice a quella – insufficiente nell'importo – presentata prima della scadenza dei termini di gara, polizza da cui, non a caso, sono stati stornati dalla durata complessiva esattamente i tre giorni intercorsi tra la attivazione del soccorso istruttorio e il deposito della variazione alla polizza medesima necessaria per a sanare l'irregolarità formale;

PRESO ATTO che con la **terza** doglianza relativa alla mancata autodichiarazione del sottoscrittore della polizza di essere munito di poteri per impegnare il garante, viene censurata anche in questo caso la mancata esclusione del concorrente;

RITENUTO, che la disciplina di riferimento non considera tale eventuale carenza alla stregua di una causa di esclusione, la doglianza non appare munita del dovuto pregio, tale rilievo peraltro è indirettamente confermato anche dalla giurisprudenza richiamata a sostegno nella memoria integrativa dell'istanza (cfr. TAR E.R. – Bologna n. 430/2021), in cui nel caso di specie, la carenza della contestata autodichiarazione, prevista in quell'ipotesi nella *lex specialis* espressamente a pena di esclusione, era stata censurata con la sanzione espulsiva dalla procedura, non in quanto vizio in sé come sostenuto dall'attuale istante, ma in conseguenza del non corretto adempimento del soccorso istruttorio concesso nel caso di specie;

PRESO ATTO che la **quarta** doglianza si riferisce alla carenza dei requisiti di partecipazione, in particolare viene in primo luogo censurata la incompleta compilazione del DGUE "*parte IV: criteri di selezione*" ed il relativo soccorso istruttorio, ed in subordine la mancanza del requisito relativo al fatturato;

RITENUTO che con riferimento al primo profilo l'allegato al disciplinare di gara definito "*modello di formulario per il documento di gara unico europeo (DGUE)*" prevedeva alla parte IV la divisione in una duplice sezione, una indicata come "*α - indicazione globale per tutti i criteri di selezione*" per la cui compilazione veniva precisato che "*L'operatore economico deve compilare questo campo solo se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore ha indicato nell'avviso o bando pertinente o nei documenti di gara ivi citati che l'operatore economico può limitarsi a compilare la sezione della parte IV senza compilare nessun'altra sezione della parte IV*", mentre nelle successive sezioni A – C della parte IV del DGUE dovevano essere esplicitati gli specifici requisiti (Idoneità professionale, capacità economico finanziaria, capacità tecnico professionale) e che secondo le indicazioni di compilazione previste nel modello "*Tale Sezione è da compilare solo se le informazioni sono state richieste espressamente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore nell'avviso o bando pertinente o nei documenti di gara*";

PRESO ATTO che l'o.e. aggiudicatario aveva compilato la sola sezione α su citata, indicando espressamente il "*Rispetto di tutti i criteri di selezione richiesti*", avendo spuntato affermativamente la sottovoce "*Soddisfa i criteri di selezione richiesti*", mentre aveva lasciato in bianco tutti i successivi punti A – C;

RILEVATO sul punto che nella *lex specialis* di gara non si rinviene alcuna precipua indicazione in merito alle modalità di compilazione del DGUE, nello specifico se la sola parte α o la compilazione in alternativa delle residue sezioni contenenti più precise indicazioni in merito al possesso dei requisiti, limitandosi ad



ammettere il soccorso istruttorio, e specificando esclusivamente le modalità di comprova dei requisiti speciali (comprova che ai sensi della determinazione del Comune di Verbania n. 1104 del 23/06/2022 aveva avuto esito positivo con contestuale aggiudicazione);

RILEVATO che, sia la giurisprudenza, che la scrivente Autorità (delibera n. 605/2021) ritengono legittima l'esclusione del concorrente solo laddove non è consentita *"una mera dichiarazione generica sull'astratta disponibilità dei requisiti di ammissione, bensì occorre una specifica dichiarazione resa attraverso la compilazione del DGUE con l'esatta e specifica indicazione delle esperienze professionali idonee ad integrare i requisiti previsti (Cons. Stato Sez. V, Sent. 17 marzo 2021, n. 2291). In presenza, infatti, di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente, l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini per mezzo della sanatoria (su iniziativa dell'Amministrazione) di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del concorrente che non abbia presentato, nei termini e con le modalità previste dalla lex specialis, una dichiarazione o documentazione conforme al bando (Cons. Stato Sez. III, Sent. 22 maggio 2019, n. 3331)";*

RITENUTO che sulla scorta della documentazione prodotta e di quanto evidenziato dalla stazione appaltante nella memoria trasmessa, con riferimento a tale profilo il soccorso istruttorio non è stato attivato, mentre vista la assenza di più precise indicazioni desumibili dalla lex specialis e della evidente contraddittorietà del passaggio previamente evidenziato, all'o.e. aggiudicatario non può contestarsi un *"errore del quale deve sopportare le conseguenze per il generale principio di autoresponsabilità"* con la conseguente sanzione espulsiva (ex multis Cons. Stato sez. V, n. 3506/2020), invitando allo stesso tempo la stazione appaltante a prestare una maggiore attenzione nella predisposizione della lex specialis onde evitare di incorrere in situazioni di potenziale contraddittorietà nell'operato imposto ai concorrenti;

PRESO ATTO che la doglianza resa dall'istante si riferisce altresì anche alla carenza del requisito relativo al fatturato che la lex specialis definisce espressamente come *"Fatturato globale minimo riferito agli ultimi tre esercizi finanziari disponibili non inferiore ad euro 450.000,00 IVA esclusa"* in quanto l'o.e. aveva partecipato a tutti i lotti (cfr. punto sub. 7.2 del Disciplinare) e che lo stesso o.e. aggiudicatario aveva nel triennio 2018 – 2020 maturato un fatturato globale superiore a quanto richiesto (come si evince da quanto affermato dallo stesso istante nella memoria integrativa dove precisa che per il 2018 l'o.e. aveva maturato un fatturato pari a € 256.058, per il 2019 un fatturato pari a € 256.034 e per il 2020 un fatturato pari a 268.694), il requisito risulta correttamente posseduto;

PRESO ATTO che con riferimento alla quinta censura l'istante contesta la carenza del requisito di idoneità professionale riferendo che dalla lex specialis i servizi da espletare erano qualificati con codice CPV *"80310000 Servizi di istruzione giovani"*, mentre l'o.e. aggiudicatario è in possesso del codice ATECO *"93.29.9 – altre attività di intrattenimento e di divertimento n.c.a."*;

PRESO ATTO che ai sensi della lex specialis è sancito che oggetto della gara è *"appalto di gestione dei servizi educativi" – "Servizi di istruzione giovani" – "LOTTO 1 - Ludoteca Comunale Zikizikilava; LOTTO 2 - Consiglio Comunale dei Ragazzi; LOTTO 3 - Centri Estivi Comunali"* mentre *"... Costituisce requisito di idoneità: iscrizione nel Registro delle Imprese oppure nell'Albo delle Imprese artigiane per attività coerenti con quelle oggetto della presente procedura di gara"*;

RILEVATO CHE dalle visure camerali dell'impresa aggiudicataria questa è classificata come svolgente *"attività di animazione culturale, sportiva e del tempo libero"* e secondariamente *"servizi sociali educativi per conto enti pubblici e privati - attività parascolastiche - organizzazione incontri e scambi culturali -*



*editoria di libri di saggistica e storia locale (pubblicazioni non periodiche) - corsi per la terza età e il tempo libero - consulenza scolastica e servizi di orientamento scolastico*", anche con riferimento a tale profilo non è dato ravvisare alcuna evidente illegittimità posta in essere dalla stazione appaltante in merito al possesso del requisito di idoneità contestato.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione e nei limiti delle censure dedotte, che l'operato della stazione appaltante risulti conforme alla normativa di settore ed alle indicazioni della *lex specialis* di gara.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 settembre 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente